

ANNOTATIE

De uitzendwereld na C4C: bespiegelingen over heden en toekomst

HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356

Leonard G. Verburg

1 Inleiding, plan van aanpak en afbakening

De Hoge Raad oordeelde op 4 november 2016 in het C4C-arrest dat uit de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 7:690 van het Burgerlijk Wetboek (BW) niet kan worden afgeleid dat voor het aannemen van een uitzendovereenkomst andere vereisten gelden dan vermeld in deze bepaling.¹ De tekst van artikel 7:690 BW eist niet dat de bij de derde te verrichten arbeid tijdelijk is, noch impliceert deze een beperkende ‘allocatiefunctie’. Uit de toelichting blijkt dat de wetgever heeft beoogd dat ook andere driehoeksrelaties dan de ‘klassieke uitzendrelatie’ onder de reikwijdte van de bepaling zouden vallen, mits aan de begripsomschrijving wordt voldaan.²

De Hoge Raad stelt dat deze overwegingen omtrent de uitleg van artikel 7:690 BW ook gevolgen hebben voor de uitleg van artikel 7:691 BW. De wetsgeschiedenis biedt geen aanknopingspunt voor de veronderstelling dat de wetgever in artikel 7:691 BW aan het begrip ‘uitzendovereenkomst’ een andere betekenis heeft willen geven dan in artikel 7:690 BW. Gelet op de plaatsing van beide artikelen in een afzonderlijke afdeling in de wet, waarbij artikel 7:690 BW de begripsomschrijving en artikel 7:691 BW enkele regels geeft, ligt zo’n andere betekenis in de visie van de Hoge Raad ook niet voor de hand.³

Op dezelfde dag wees de Hoge Raad een tweede arrest over de reikwijdte van artikel 7:690 BW. In die zaak ging het dispuut over de vraag of de belanghebbende, een payrollbedrijf, in 2014 door de inspecteur al of niet terecht voor de premie-

1 HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, JAR 2016/286, m.nt. Knipschild en JIN 2017/1, m.nt. Van der Velden (Care 4 Care Human Resources BV/Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten), met commentaar van Buijs in TRA 2017/8. De conclusie van A-G Van Peursem dateert van 15 april 2016, ECLI:NL:PHR:2016:238.

2 Met verwijzing naar Kamerstukken II 1996/97, 25263, 3, p. 9-10.

3 De juistheid van deze redenering blijkt mede uit de regeling van intra-concerndetachering in het zesde lid van artikel 7:691 BW. Bij een beperkter opvatting omtrent de reikwijdte van de uitzendovereenkomst als bedoeld in artikel 7:691 BW was het strikt genomen niet nodig geweest intra-concerndetachering in het zesde lid expliciet uit te zonderen.

heffing werknemersverzekeringen was ingedeeld in sector 52.⁴ Deze sector, de sector Uitzendbedrijven, is een relatief 'dure' sector.⁵

In een derde arrest, van 2 december 2016 inzake Strubbe/Stichting Leerorkest, herneemt de Hoge Raad zijn overwegingen uit C4C over het bereik van artikel 7:690 BW en artikel 7:691 BW.⁶

Het C4C-arrest heeft reeds de nodige pennen in beweging gebracht.⁷ Het zal in het licht van mijn standpuntbepaling in 2013 in *Ars Aequi* niet verbazen dat ik mij kan vinden in de overwegingen van de Hoge Raad.⁸ Het arrest is mede daarom in deze kolommen vooral een vertrekpunt voor enige gedachten over de betekenis van het C4C-arrest voor de arbeidsverhoudingen en relaties die wij vandaag de dag op de arbeidsmarkt aantreffen.

Eerst komt de in C4C gelaten ruimte voor divergentie in de toepassing van artikel 7:690 BW en artikel 7:691 BW in nieuwe driehoeksrelaties aan bod (paragraaf 2). Vervolgens sta ik stil bij het oordeel dat er geen licht zit tussen de gezagsverhouding in artikel 7:610 BW en het vereiste van 'leiding en toezicht' in artikel 7:690 BW (paragraaf 3). Daarna wordt ingegaan op de betekenis van het verschil tussen het oordeel dat de wetgever in artikel 7:691 BW aan het begrip 'uitzendovereenkomst' geen andere betekenis heeft gegeven dan in artikel 7:690 BW en de van uitzending afwijkende regeling van payroll in de Ontslagregeling (paragraaf 4). Paragraaf 5 gaat in op enkele aspecten van de werkingssfeer van de ABU CAO 2012-2017, StiPP en de opvattingen van de Stichting van de Arbeid over afstemming van werkingssferen. De slotparagraaf bevat enige bespiegelingen over de uitzendwereld en de rol van de wetgever c.q. overheid. De conclusie na dit alles is kort en luidt dat de wetgever thans aan zet is.⁹

Het oordeel dat C4C en haar werknemers binnen de uitzendwereld opereren wil nog niet, althans niet noodzakelijkerwijs, zeggen dat C4C ook daadwerkelijk onder de Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten (StiPP) valt. Het C4C-arrest heeft over dit punt geen oordeel gegeven. Het arrest betrof slechts de vraag

4 HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2496 en BNB 2017/43, m.nt. Mertens. De conclusie van A-G Wattel dateert van 14 april 2016, ECLI:NL:PHR:2016:239.

5 Zie omtrent dit dure karakter de conclusie van A-G Wattel van 14 april 2016, ECLI:NL:PHR:2016:239, punt 8.5. Uit de annotatie van Mertens in BNB 2017/43 bij het door de Hoge Raad in deze zaak gewezen arrest maak ik op dat ook StiPP de reputatie heeft relatief duur te zijn.

6 HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2757, JAR 2017/16, m.nt. Maats (Strubbe/Stichting Leerorkest), met commentaar van Vegter in TRA 2017/18. De conclusie van A-G Rank-Berenschot dateert van 16 september 2016, ECLI:NL:PHR:2016:928.

7 Zie naast de in de eerste noot vermelde annotaties J. Zwemmer, Het Care4Care-arrest en de olievlekkerwerking van artikel 7:690 BW, TvO 2017, 1; M. Tanja & J. den Hoed, De uitzendovereenkomst: een beperkende uitleg, met verruimende gevolgen, TRA 2017/15; P.Th. Sick & A.M. Wevers, De allocatiefunctie 'alloceren?', TRA 2017/16; K. Dorenbos, R. Mourits & C. Waterman, Care4Care/StiPP: vloek of zegen? Hoge Raad 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, TAO 2016, p. 154-169.

8 L.G. Verburg, Payrolling: over duiding en verbinding, *Ars Aequi* 2013, 12, p. 907-914.

9 Dit laatste geldt niet alleen voor de uitzendwereld. De wetgever zal het volledige terrein van de arbeidsmarkt opnieuw goed moeten doordenken. Mijn gedachten daarover zijn voor een andere tijd en plaats.

Leonard G. Verburg

naar de vereisten voor het aannemen van een uitzendovereenkomst als bedoeld in artikel 7:690 BW en artikel 7:691 BW.

Zoals Halsema in 2016 schreef, is afhankelijk van de feiten en omstandigheden niet uitgesloten dat het er alsnog voor zou moeten worden gehouden dat C4C valt onder de verplichtstelling van de deelneming in de Stichting Pensioenfonds Zorg en Welzijn (verplichtstellingsbesluit Ziektewet (ZW)) ingevolge de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000.¹⁰ De tekst van de werkingssfeerbepaling is te vinden in een besluit van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) van 30 juni 2016.¹¹ C4C past, zo begrijp ik, op grond van haar speciaal op de bedrijfstak Zorg en Welzijn gerichte activiteiten de voor deze bedrijfstak geldende algemeen verbindend verklaarde cao (de cao VVT) toe. Dit betekent op zich nog niet dat C4C valt onder het verplichtstellingsbesluit ZW, maar het kan wel een bevestiging zijn van zekere lotsverbondenheid met deze bedrijfstak. Het voert voor deze kolommen te ver het complexe karakter van het terrein van de afstemming van bedrijfstak-cao's en verplichtstellingsbesluiten betreffende pensioenfondsen als bedoeld in de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 met voldoende oog voor detail nader uit te diepen. Ik ga hier dus verder niet op in.¹²

2 De Hoge Raad laat in C4C ruimte voor divergentie in de toepassing van artikel 7:690 BW en artikel 7:691 BW in nieuwe driehoeksrelaties

De Hoge Raad overwoog in het C4C-arrest dat voor zover de toepassing van de regels van artikel 7:691 BW in nieuwe driehoeksrelaties als payrollrolling zou leiden tot resultaten die zich niet laten verenigen met hetgeen de wetgever bij de regeling van de artikelen 7:690-7:691 BW voor ogen heeft gestaan, het in de eerste plaats aan de wetgever is om hier grenzen te stellen. Dat neemt niet weg dat de rechter bij de toepassing de mogelijkheid heeft de regels van artikel 7:691 BW zo

- 10 M.J.H. Halsema, De grondpositie van de gespecialiseerde uitzendwerkgever in de Nederlandse polder, TAP 2016, 266.
- 11 Bekendmaking wijziging en gedeeltelijke intrekking van de verplichtstelling tot deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds Zorg en Welzijn van 30 juni 2016, Stcrt. 2016, 34693.
- 12 Het vereiste niveau van precisie in de feitelijke beoordeling van een en ander blijkt goed uit de hiervoor genoemde bijdrage van Halsema in TAP 2016, 266. In het algemeen zal (op grond van de maatgevende werkingssfeerbepalingen) de aard van de werkzaamheden bepalend zijn voor het antwoord op de vraag onder welke cao en onder welk verplichtstellingsbesluit tot deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds een onderneming valt. Zo oordeelde de Hoge Raad in 2011 dat een onderneming waarvan de bedrijfsactiviteiten uitsluitend bestaan in het ter beschikking stellen van bij haar in dienst zijnde arbeidskrachten aan derden voor werkzaamheden als omschreven in het desbetreffende verplichtstellingsbesluit in beginsel onder de werkingssfeer van dit besluit vallen, ook wanneer de werknemers feitelijk werkzaam zijn in ondernemingen die zelf niet vallen binnen de werkingssfeer van het verplichtstellingsbesluit; zie HR 15 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6601. Bij de sectorindeling van uitzendbureaus in het kader van de premieheffing werknemersverzekeringen is echter niet de aard van de werkzaamheden bepalend, maar de aard van de met de werknemers gesloten arbeidsovereenkomsten; zie HR 9 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:33, BNB 2015/88, m.nt. Mertens; HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:2993, BNB 2015/229, m.nt. Zwemmer.

uit te leggen dat strijd met de ratio van die regels wordt voorkomen, dan wel dat hij een beroep op die regels naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan oordelen. In C4C was dit echter, aldus de Hoge Raad, niet aan de orde.

De twee door de Hoge Raad genoemde denkmogelijkheden voor een relativisering van de toepassing van een wettelijke regel (een uitleg die strijd met de ratio van de regel voorkomt en honorering van een beroep op het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn van de toepassing van de regel) kennen wij in het arbeidsrecht heel goed. De methoden speelden bijvoorbeeld een belangrijke rol bij de toepassing van dynamisch geredigeerde incorporatieclausules op latere cao's die zijn aangegaan met andere vakbonden dan die welke voor eerdere cao's tekenden. De Hilversumse voorzieningenrechter oordeelde in 2006 over de vraag of een dynamisch geredigeerd incorporatiebeding (verwijzend naar de laatst gesloten Cao Horecabedrijven) aan de werknemer mocht worden tegengeworpen, hoewel de nieuwe cao slechts was getekend door één relatief kleine vakbond. De rechter legde het beding zo uit dat het slechts gelding had indien de cao tot stand kwam met medewerking van de grote vakbonden (die eerdere horeca-cao's wel hadden meegetekend). De rechter overwoog tevens dat onder de omstandigheden van het geval naar redelijkheid en billijkheid niet kon worden aanvaard dat de werknemer op grond van het incorporatiebeding werd gebonden.¹³

Een incorporatiebeding valt niet zomaar gelijk te stellen met een wettelijke regeling, maar de techniek verschilt niet. Bovendien laat deze uitspraak zien dat er speelruimte is voor de door de Hoge Raad in C4C gedane handreiking.

De constatering van de Hoge Raad dat een en ander in het arrest C4C niet aan de orde was, verwijst niet naar het feit dat de cassatiemiddelen dit thema niet aanroerden. In C4C was het vizier gericht op de werkingssfeerbepaling in het besluit van 30 januari 2009 van de minister van SZW tot verplichtstelling van deelname in het bedrijfstakpensioenfond van StiPP.¹⁴ Het ging in C4C slechts om de door de Hoge Raad in bevestigende zin beantwoorde vraag of de werkingssfeerbepaling in het desbetreffende verplichtstellingsbesluit, gezien de verwijzing naar de werkgever, in de zin van artikel 7:690 BW mede werkgevers omvat die geen allocatiefunctie ('klassiek', dat wil zeggen bij piek en ziek, of anderszins) vervullen.

13 Ktr. Hilversum (vzr.) 1 februari 2006, JAR 2006/57 (Ataya/Castellum Novum Hilversum BV). In 2008 volgde de Amsterdamse kantonrechter een op de Haviltex-norm gebaseerde uitlegmethode ten aanzien van de werking van een incorporatiebeding in de modewereld. De werknemers mochten redelijkerwijs verwachten dat de cao, net als de cao die zij van toepassing hadden verklaard op hun arbeidsovereenkomst door te tekenen voor het desbetreffende incorporatiebeding, zou worden gesloten met representatieve vakorganisaties, die beoogden hun belangen te behartigen. In de aanvaarding van het incorporatiebeding lag niet de bedoeling besloten om ook aan een cao die met niet-representatieve vakorganisaties werd gesloten, gebonden te kunnen worden; zie Ktr. Amsterdam 24 april 2008, JAR 2008/191 (Hennes & Mauritz).

14 Bekendmaking wijziging van de verplichtstelling tot deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds voor personeelsdiensten van 30 januari 2009, Stcrt. 2009, nr. 22. Dit besluit is nadien nog gewijzigd (verderop in de tekst daarover meer).

Wie had gehoopt dat de Hoge Raad ten aanzien van het bestaande wettelijke regime verdergaande 'grenscorrecties' in overweging zou willen (of kunnen) nemen, heeft niet alleen te maken met de gedachte dat de Hoge Raad daar niet voor voelde. De rechtsvormende taak van de rechter kent beperkingen. Loonstra en Jansen deden in 2011 onderzoek naar de rechtsvormende taak van de rechter in het privaatrecht en het arbeidsrecht in het bijzonder. Zij concludeerden dat de wetgever nog altijd op de troon zit, terwijl de rechter op een stevige kruk ernaast zit.¹⁵ Het C4C-arrest geeft een voorbeeld van de juistheid van deze zienswijze. De Hoge Raad overwoog dat het in de eerste plaats aan de wetgever is grenzen te stellen (de 'troon') en wees de praktijk (daaronder in dit verband mede te verstaan de feitenrechter) de weg richting oplossingen die in voorkomend geval de mogelijkheid bieden de grenspalen een juist geachte plek te geven of zelfs te verplaatsen (de 'kruk').¹⁶

Over de kans van slagen van een actie die beoogt te ontkomen aan het regime van artikel 7:691 BW

Ik proef bij enige commentaren op het C4C-arrest scepsis omtrent de kans van slagen van een actie die tot doel heeft in een door artikel 7:690 BW gedekte relatie te ontkomen aan de werking van het regime van werknemersbescherming in artikel 7:691 BW. Vanuit het perspectief van de betrokken werkgever heeft dit regime een verlicht karakter. Ik doel met 'verlicht' op de uitgestelde werking van de ketenbepaling van artikel 7:668a lid 1 BW (het eerste lid van artikel 7:691 BW), het uitzendbeding (het tweede lid van artikel 7:691 BW) en de mogelijkheid bij cao nog langduriger ten nadele van de werknemer af te wijken van het regulier bestaande beschermingsniveau (het achtste lid van artikel 7:691 BW).

Enige scepsis over de kans op succes van zo'n actie is op zich niet onbegrijpelijk. Het is een feit van algemene bekendheid dat de mede in artikel 7:611 BW neergelegde maatstaf van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in artikel 6:248 lid 2 BW in het arbeidsrecht aan werkgeverszijde bij de rechter een (zeer) lastig te nemen horde vormt. Het gaat hier evenwel in een toekomstig voorkomend geval om een verzoek van de zijde van de werknemer om artikel 7:691 BW buiten toepassing te laten. Ik proef in het algemeen bij de rechter iets minder schroom artikel 6:248 lid 2 BW enige ruimte te geven als het resultaat ten

15 C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, Grenzen aan de rechtsvormende taak van de rechter in het privaatrecht en het arbeidsrecht, ArA 2012/1, p. 3-21.

16 Een recent voorbeeld omtrent het thema van de beperkingen aan de rechtsvormende taak van de rechter is te vinden in HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2890, NJ 2017/3. De Hoge Raad oordeelde in een kwestie rond een dispuut over de vraag op welk organisatorisch niveau een zorgaanbieder naar huidige maatschappelijke opvattingen gehouden zou moeten zijn een cliëntenraad in te stellen. Er bestond spanning tussen de wettekst en de daarbij behorende toelichting. Het onderwerp had de aandacht van de wetgever. Onder de geschetste omstandigheden ging het in de visie van de Hoge Raad de rechtsvormende taak van de rechter te buiten om te onderzoeken op welk niveau naar huidige maatschappelijke opvattingen cliëntenraden moeten worden ingesteld en vervolgens de desbetreffende wettelijke regeling dienovereenkomstig uit te leggen.

gunste van de werknemer uitvalt.¹⁷ Ik meen daarom dat de feitenrechter met deze handreiking onder omstandigheden wel degelijk uit de voeten kan.

De uitlegmethode zal mogelijk praktisch gezien wellicht iets kansrijker zijn dan de onaanvaardbaarheidstoets. Bij de uitlegmethode bepaalt de rechter, althans gevoelsmatig, de grenzen. Bij de toets van artikel 6:248 lid 2 BW moet de rechter de grenspaal optillen om de kwestie doorgang te verlenen. Ik ervaar zelf evenwel op dit punt geen zwaarwegend verschil in benadering, en het resultaat komt op hetzelfde neer. De Hoge Raad laat de relatieve waarde onbesproken, noemt beide methoden naast elkaar. Bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, moet rekening worden gehouden met de in artikel 3:12 BW genoemde algemeen erkende rechtsbeginselen, met in ons land levende rechtsovertuigingen en met maatschappelijke en persoonlijke bij het geval betrokken belangen. Beide methoden geven ruimte aan de werking van de redelijkheid en billijkheid.¹⁸ De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid heeft wellicht als methode het voordeel dat de beperking precies kan worden toegesneden op het deel van het verlichte regime dat het resultaat in het gegeven geval in de ogen van de rechter onaanvaardbaar doet zijn.

Ik denk niet dat de Hoge Raad de praktijk richting een doodlopende weg heeft gewezen. Het gaat wellicht niet om veel meer dan een kier, maar een kier geeft een opening en dus kansen. Bovendien heeft de verwijzing naar een kier betrekking op 'nieuwe driehoeksrelaties' en niet op de vraag hoeveel werknemers binnen een bepaald soort van een 'nieuwe driehoeksrelatie' door de kier zouden moeten. Het kan dus potentieel om een kier gaan die veel repeterend verkeer zal geven. En deze kier ziet naar mijn mening juist op bepaalde vormen van payroll-ing.

17 We zien iets dergelijks bij het thema van het begrip 'ernstige verwijtbaarheid' aan de zijde van de werkgever dan wel van de zijde van de werknemer. Uit de wetsgeschiedenis van de Wwz blijkt dat de wetgever bij ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever (voerend tot het moeten betalen van een billijke vergoeding) dacht aan het spiegelbeeld van ernstige verwijtbaarheid van de werknemer (voerend tot een verlies van het recht op een transitievergoeding). Zie Kamerstukken II 2013/14, 33818, 4, p. 15. Een lager leggen van de meetlat voor het aannemen van ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever zou dus automatisch moeten voeren tot een even grote verlaging van de meetlat voor het aannemen van ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van de werknemer. Deze spiegelreflexwerking (zoals ik deze werking duidde in Kanttekeningen 2016, p. 217/218) klopt in theorie misschien wel, maar is in de praktijk lastig vast te houden. Ik begrijp dit wel. Als het om het geven of nemen van geld gaat, zien we bij de werknemer eerder iets door de vingers dan bij de werkgever.

18 Vgl. recent over de functies van de redelijkheid en billijkheid P.S. Bakker, De receptiefunctie van de redelijkheid en billijkheid, Themanummer 25 jaar Nieuw Burgerlijk Wetboek, WPNR 2017/7133.

Leonard G. Verburg

Enige kanttekeningen bij de verschijningsvormen van payrollrolling

Ik plaats enige kanttekeningen bij de vraag om welke vormen van payrollrolling het zou kunnen gaan.¹⁹ Er zijn payrollvarianten die een toegevoegde waarde bevatten. Ik denk vooral aan een 'uitbesteding' van werkgeverschap in wat wij (althans zonder de bedoelde uitbesteding) onder het midden- en kleinbedrijf (mkb) verstaan. Ik neem bij het denken over de toegevoegde waarde in aanmerking dat het payrollbedrijf de humanresourcesfunctie veel professioneler kan neerzetten dan de mkb'er en ga ervan uit dat het payrollbedrijf ook een zeker werkgeversrisico draagt en niet contractueel alle risico's heeft teruggelegd bij de mkb'er. Het payrollbedrijf zal in de verhouding tot het mkb een werkgeversrisico als langdurige arbeidsongeschiktheid niet alleen in financiële zin beter kunnen dragen, maar zal ook dit soort risico's beter kunnen managen. Deze driehoeksrelatie zal in mijn visie niet in strijd komen met de ratio van artikel 7:691 BW.

Er zijn ook varianten van payrollrolling die geen of nauwelijks toegevoegde waarde hebben en/of niet of nauwelijks een economische werkelijkheid vertegenwoordigen. In zijn meest vergaande vorm betreft het de uitbesteding van personeel door een groot bedrijf (dat in staat moet worden geacht zelf een professionele humanresourcesafdeling op te tuigen) aan een payrollbedrijf dat contractueel elk werkgeversrisico heeft teruggelegd bij de inlener (en ook overigens onzichtbaar blijft).

In de gevallen waarin de driehoeksverhouding in vergelijking met een rechtstreeks dienstverband (tussen de werknemer en de partij met leiding en toezicht) geen of althans weinig toegevoegde waarde heeft, zou de rechter afhankelijk van de feitelijke omstandigheden van het geval het verlichte regime van artikel 7:691 BW aan de werkgever geheel of ten dele kunnen ontzeggen.

Over de ratio van artikel 7:691 BW

Daarmee is nog niets gezegd over de ratio van artikel 7:691 BW. Wil de rechter de regels van artikel 7:691 BW zo uitleggen dat strijd met de ratio van die regels wordt voorkomen, dan moet over deze ratio helderheid bestaan.

Ik meen dat de ratio van artikel 7:691 BW betrekkelijk helder is. De wetgever stelde in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Flexibiliteit en zekerheid dat het bijzondere karakter van de uitzendovereenkomst is gelegen in het feit dat de allocatieve functie van de uitzendovereenkomst impliceerde dat partijen een zekere vrijheid hebben ter zake van het aangaan en verbreken van hun arbeidsrelatie. Het was 'derhalve verantwoord dat deze vrijheid groter is dan bij gewone dienstverbanden tussen twee partijen'.²⁰ Verderop in het wetgevingsproces komen we de passage tegen dat het gaat om uitzendbureaus, detacheerbedrijven, arbeidspools en andere organisaties die er hun beroep of bedrijf van maken arbeidskrachten onder welke noemer dan ook tijdelijk aan derden ter beschikking te stellen. De wetgever voegde er aan toe: 'Alleen voor die gevallen achten wij het

19 Ik versta in deze paragraaf onder payrollrolling de driehoeksrelatie tussen de uilener (het payrollbedrijf), de inlener (de partij die werft, selecteert en materieel tewerkstelt zonder zich als werkgever te hebben verbonden) en de betrokken werknemer (in dienst bij het payrollbedrijf en door dit bedrijf ter beschikking gesteld om arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de inlener). Het businessmodel kent verder vele soorten en maten.

20 Kamerstukken II 1996/97, 25263, 3, p. 10.

voorgestelde bijzondere regiem van tijdelijk beperkte rechtsbescherming voor de betrokken werknemers gerechtvaardigd.’²¹

De wetgever had aldus voor ogen dat er sprake zou zijn van een zekere mate van tijdelijkheid (overigens een enorm rekbaar begrip, zoals bijvoorbeeld de in de rechtspraak bekende heer Malhi direct zal beamen) in het aan een bepaalde derde ter beschikking stellen van een arbeidskracht. Dit laatste geeft in de perceptie van de wetgever een zekere volatiliteit aan de relatie die het in de visie van dezelfde wetgever (kennelijk) redelijk deed zijn dat de relatie tussen de werkgever als uitlennende partij en de ter beschikking van een derde gestelde werknemer binnen zekere door artikel 7:691 BW gedicteerde grenzen een wat losser karakter zou hebben. De omstandigheid dat tijdelijkheid – niet in de verhouding tussen werkgever en werknemer, maar in de verhouding tot de derde – niet, en ook niet indirect of impliciet, in de wettekst valt te lezen (het oordeel van de Hoge Raad in C4C), laat onverlet dat het aspect in het denken over de ratio van de wettelijke regeling van artikel 7:691 BW een rol kan hebben. Er kan een verschil bestaan tussen wat men bedoelde op te schrijven en wat men daadwerkelijk heeft opgeschreven.²² Belangrijker is dat de desbetreffende passages over tijdelijkheid richting geven aan het denken van de wetgever over de indertijd bestaande arbeidsrelaties. Dit laatste is weer van belang voor de vraag hoe nieuw en afwijkend van het indertijd bestaande een nieuwe driehoeksrelatie welbeschouwd is.

Nog weer over payrolling en de toegang tot het regime van artikel 7:691 BW

Bij de meeste varianten van payrolling zal de intentie van partijen niet op tijdelijke tewerkstelling bij de inlener gericht zijn. De afwezigheid van de intentie van tijdelijkheid markeert een verschil met de uitzendbureaus, detacheerbedrijven en arbeidspools waar de wetgever in de jaren negentig van de vorige eeuw op doelde (los van de vraag hoe dat in individuele gevallen indertijd uitpakte). Hoe men ook aankijkt tegen uitzendbureaus, detacheerbedrijven en arbeidspools, in beginsel schurken deze organisaties niet zo aan tegen de inlener dat er sprake is van een symbiotische relatie, waarbij de hechtheid, duurzaamheid en afhankelijkheid vooropstaan. De intentie van een duurzame symbiotische relatie geeft op zich

21 Kamerstukken II, 1996/97, 25263, B, p. 9.

22 In antwoord op Kamervragen van de leden Vermeij en Kerstens over het C4C-arrest antwoordde de minister van SZW op 2 december 2016 omtrent de vraag naar de ratio van artikel 7:691 BW en daarmee omtrent het thema van de strijd met de ratio van artikel 7:691 BW: ‘Het lichter arbeidsrechtelijk regime op grond van artikel 7:691 BW is, zoals ook uit de wetsgeschiedenis kan worden afgeleid, bedoeld voor het zogenoemde traditionele uitzenden waarbij sprake is van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt voor het verrichten van in beginsel kortdurende tijdelijke werkzaamheden, zoals vervanging bij ziekte of zwangerschap of het opvangen van tijdelijke pieken in de productie. De Hoge Raad heeft echter geoordeeld dat ook voor toepassing van artikel 7:691 BW geen allocatiefunctie in voornoemde zin vereist is.’ Men vindt in de reactie van de minister de spagaat terug waarin de wettelijke regeling van de uitzendovereenkomst zich steeds heeft bevonden. Ruim om ruimte te maken voor het bereik van de arbeidsovereenkomst, minder ruim om het verlichte regime niet een te grote jas te geven. Zie de brief van de minister van SZW van 2 december 2016 aan de voorzitter van de Tweede Kamer, referentie 2016-00000250324.

reeds aanleiding voor de gedachte dat het verlichte regime van artikel 7:691 BW voor het payrollbedrijf mogelijk niet altijd of over de gehele linie inzetbaar is.

Maar er is nog een tweede argument. De wetgever heeft zelf in artikel 7:691 lid 6 BW intra-concerndetachering buiten het bereik van het verlichte regime gebracht. Ik acht daarmee in ieder geval – zowel in 2013 in *Ars Aequi* als thans na C4C – goed verdedigbaar dat de payrollvarianten die vergelijkbaar zijn met een feitelijke constellatie als bedoeld in artikel 7:691 lid 6 BW geen toegang behoren te hebben tot (een onverkorte toepassing van) het verlichte regime.²³ Ik denk bij deze vergelijkbaarheid in ieder geval aan situaties waarbij sprake is van een symbiotische relatie tussen het payrollbedrijf en één of meer bedrijven van een concern, terwijl de inlener behoorlijk uit de kluiten gewassen is en de toegevoegde waarde van het payrollbedrijf gering is. Ik denk bij dit laatste aan een tariefstelling die er realiter voor zorgt dat de inlener de winstmarge van het payrollbedrijf bepaalt zonder dat dit payrollbedrijf werkelijk ondernemersrisico draagt.

Zou de rechter in voorkomend geval een andere richting in slaan, dan zou een concern door de verkoop aan een payrollbedrijf van de aandelen in een tot het concern behorende personeels-bv kunnen bewerkstelligen dat deze personeels-bv vanaf de datum van de overdracht van de aandelen gebruik kan maken van het verlichte regime van artikel 7:691 BW. Andersom geldt dan dat door de verkoop van de aandelen in een payrollbedrijf aan de moedermaatschappij van een inlenende partij artikel 7:691 lid 6 BW van toepassing wordt. Men kan hierover de schouders ophalen. Iets dergelijks speelt soms ook bij andere typen overnames. Toch tonen voorbeelden als deze dat bij het geschetste resultaat het systeem enigszins wringt. Het gaat immers in beide voorbeelden om aandelentransacties en daarmee om wisselingen op het niveau van de aandeelhouder.

Een en ander laat onverlet dat het payrollbedrijf wel onder (het verplichtstellingsbesluit betreffende) StiPP zou (kunnen) vallen. Dit laatste brengt me ten aanzien van het voorgaande niet op andere gedachten. Ook detacheringsbedrijven zullen in beginsel onder StiPP (kunnen) vallen zonder dat men volledig gebruikmaakt

23 In die zin ook G.W. van der Voet & A.R. Houweling, Inleiding, in: G.W. van der Voet (red.), *Bijzondere Arbeidsverhoudingen* (Bakelsreeks) Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, p. 51. Zij menen dat ook makkelijk betoogd kan worden dat de werker in dienst is van de inlener. Deze laatste zienswijze is niet juist, strookt immers niet met de stevige Volvo Braam-test omtrent het zich verbonden hebben (HR 27 november 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0771, NJ 1993/273) en evenmin met de zware Bertrand/TMG-toets op het punt van de bewijslast (HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0637, JAR 2012/113). Slechts onder (zeer) bijzondere omstandigheden is voorstelbaar dat de rechter op grond van het in het geding gebrachte feitenmateriaal tot het oordeel komt dat de driehoeksverhouding überhaupt niet van de grond is gekomen. Dit speelt vooral bij een overstap van een rechtstreeks dienstverband naar een payrollconstructie. Zo overwoog Hof Arnhem-Leeuwarden in oktober 2015 dat geen duidelijke en ondubbelzinnige overstap naar de payrollorganisatie had plaatsgevonden en dat het er in kort geding voor behoorde te worden gehouden dat de contractuele relatie met de ‘inlenende’ partij als werkgever was blijven bestaan; zie Hof Arnhem-Leeuwarden 27 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:8120, JAR 2015/311 (Elite Groep Limited). Vgl. eerder Hof Arnhem-Leeuwarden 25 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2340, JAR 2014/123. Ik laat deze mogelijkheid hier verder rusten. Het C4C-arrest handelt over nieuwe driehoeksrelaties en niet over wat bij nadere beschouwing (nieuw of niet nieuw) helemaal geen driehoeksrelatie bleek te zijn.

van het verlichte regime van artikel 7:691 BW. Iets dergelijks treft men ook in de ABU CAO 2012-2017.²⁴

3 De Hoge Raad laat in C4C geen licht vallen tussen de gezagsverhouding in artikel 7:610 BW en het vereiste van 'leiding en toezicht' in artikel 7:690 BW

De Hoge Raad overwoog in de C4C-zaak dat het hof terecht had geoordeeld dat de vraag of sprake is van 'toezicht en leiding' als bedoeld in artikel 7:690 BW dient te worden beantwoord aan de hand van dezelfde maatstaven als gelden voor de beantwoording van de vraag of er sprake is van een gezagsverhouding als bedoeld in artikel 7:610 BW.

De Hoge Raad volgt hier het oordeel van A-G Van Peursem in zijn conclusie van 15 april 2016.²⁵ Het resultaat is in lijn met de sinds jaar en dag in ons land toegepaste leer van de gedelegeerde gezagsverhouding.²⁶ Koopmans schreef er al over in zijn dissertatie uit 1962.²⁷ Het resultaat strookt met de gedachte dat het niet door wetsgeschiedenis of anderszins afgedwongen aanbrengen van een onderscheid tussen een begrip (hier de gezagsverhouding) in twee verwante wettelijke bepalingen (hier artikel 7:610 BW en artikel 7:690 BW) in dezelfde titel (titel 10 van Boek 7 BW) ons rechtssysteem onnodig belast en daarom als onwenselijke uitkomst dient te worden vermeden. De overweging van de Hoge Raad is consistent met de (andere) overweging in C4C om het begrip uitzendovereenkomst in artikel 7:691 BW op dezelfde wijze uit te leggen als in artikel 7:690 BW.

Bij een dispuut over de vraag of er sprake is van het verrichten van arbeid onder leiding en toezicht van een derde zal de rechter bij het overwegen van het oordeel dus op dezelfde wijze te werk moeten gaan als het geval zou zijn indien het dis-

24 De ABU CAO 2012-2017 definieert de detacheringsovereenkomst als de uitzendovereenkomst zonder uitzendbeding in fase A, B of C.

25 Conclusie van A-G Van Peursem van 15 april 2016, ECLI:NL:PHR:2016:238, punt 3.31-3.35. In dezelfde zin bijv. W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, Van der Grinten Arbeidsovereenkomstenrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 25.

26 HR 14 oktober 1977, NJ 1978/31, m.nt. PAS (Groninger Lascentrale); HR 23 mei 1980, NJ 1980/633, m.nt. PAS (Manpower BV/Sie); HR 18 november 1988, NJ 1989/344, m.nt. PAS (Interactie Industrie BV/Heinen).

27 T. Koopmans, De begrippen werkman, arbeider en werknemer (diss. UvA), Alphen aan den Rijn: Samsom 1962, p. 296, en dezelfde auteur later als A-G in zijn conclusie van 7 april 1995, JAR 1996/168 ('(...), omdat een werkgever de feitelijke gezagsuitoefening kan "overlaten" aan een derde waar de werknemer zijn werkzaamheden verricht'). Vgl. nog F.B.J. Grapperhaus & M. Jansen, De uitzendovereenkomst, Monografieën Sociaal recht, Deel 15, Deventer: Kluwer 1999, p. 33 e.v.; F.C.A. van Haasteren, Fatsoenlijke flexibiliteit (diss. Leiden), Den Haag: Sdu 2016, p. 395; J.P.H. Zwemmer, De uitzendkracht, de gedetacheerde en de payrollwerknemer, in: G.W. van der Voet (red.), Bijzondere Arbeidsverhoudingen (Bakelsreeks) Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, p. 707-753, op p. 709. Het ontgaat mij vooralsnog waarom Zwemmer in afwijking van hetgeen voortvloeit uit dat wat hij terecht stelt op p. 709, op het punt van de delegatie van gezag op p. 716/717 een probleem ervaart.

puut de vraag betreft of het contract een arbeidsovereenkomst betreft.²⁸ De te beantwoorden vraag is of de derde gezag uitoefent over de arbeid op de wijze zoals een werkgever dit doet. Dat vergt een holistische benadering van de kwestie, waarbij de rechter uiteraard als gezichtspunt in aanmerking mag (en zal) nemen dat het gaat om een uitzendovereenkomst. In deze situatie vloeit het gezag van de derde niet voort uit de rechtstreekse contractuele band (de derde heeft zich immers niet verbonden), maar oefent hij gezag uit op grond van de overeenkomst met het uitzendbedrijf. Deze overeenkomst verschaft de titel voor de delegatie van de gezagsverhouding aan de derde. Door aanvaarding van de uitzendovereenkomst aanvaardt de werknemer dit gedelegeerde gezag. Bij doorlening aan een vierde (of vijfde) geschiedt steeds iets soortgelijks.

De omstandigheid dat de uitzendwerkgever zelf als gevolg van de delegatie nauwelijks nog eigen gezag uitoefent, doet aan een en ander geen afbreuk. Het gaat om delegatie en niet om volledige afstand van gezag. Na het einde van de terbeschikkingstelling keert (tenzij het uitzendbeding toepassing vindt) het volle gezag weer terug bij de uitzendwerkgever.

Uitlening van gespecialiseerd personeel staat niet aan 'leiding en toezicht' bij derden in de weg.²⁹ Ik noteer dat ook buiten een uitzendrelatie het niet of nauwelijks feitelijk onderworpen zijn aan werkinhoudelijke instructies van de wederpartij niet aan de duiding als arbeidsovereenkomst in de weg staat. De gezagsverhouding kan blijken uit de organisatorische aspecten van een contractuele relatie.³⁰

Indien uit de contractuele verhoudingen geen delegatie van de gezagsverhouding valt te destilleren, is er geen sprake van een uitzendovereenkomst. Dit speelt waarschijnlijk vooral bij situaties waarin de werkgever leiding en toezicht aan zich

28 In hun noot bij de conclusie van Van Peursem in JIN 2016/122 stellen Van der Velden en Tan de vraag wat het verschil tussen leiding en toezicht is. Ik beschouw leiding en toezicht als een soort tweecomponentenlijm. Leiding geef je en toezicht houd je. Leidinggeven ziet op een (actief) aansturen van de activiteiten, en toezicht houden ziet op het (passief) controleren dat de instructies worden nageleefd. Een werkgever of inlener kan dus niet met succes beweren dat slechts het een speelt of slechts het ander en dat daarom geen sprake zou zijn van een gezagsverhouding.

29 Vgl. Hof Amsterdam 9 september 2014, JIN 2014/207, m.nt. Heerink-van Hattem (Fresh Connections). De vraag of het specialisme betrekking heeft op zelf meegebrachte specialistische apparatuur maakt natuurlijk uit. In 1992 overwoog de Hoge Raad ten aanzien van het ter beschikking stellen van personeel met materieel: 'In gevallen, waarin werknemers met materieel ter beschikking zijn gesteld, kan dit anders zijn indien dit materieel van zodanige aard is dat de bediening daarvan bijzondere eisen stelt aan kennis en ervaring van het personeel. Zijn die bijzondere kennis en ervaring bij het inlenende bedrijf niet aanwezig dan zal het tot het houden van toezicht of het geven van aanwijzingen veelal niet in staat zijn (...)'; zie HR 15 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:AN2610, BNB 1992/291, m.nt. Sinnighe Damsté. Deze overweging past goed in de door mij bepleite holistische benadering van het thema.

30 Men refereert aan het onderscheid tussen werkinhoudelijke en werkdisciplinaire instructies. Zie de conclusie van A-G Huydecoper voor HR 14 april 2006, JAR 2006/116 (Beurspromovendi) onder de punten 16-26. Onder punt 22 geeft Huydecoper diverse voorbeelden van relaties met weinig of geen werkinhoudelijke aansturing. In een uitzendrelatie zal overigens de uitzendwerkgever tijdens de periode van terbeschikkingstelling aan een derde tot het geven van werkdisciplinaire instructies in staat blijven.

heeft gehouden. Dit laatste is het geval bij het verlenen van aftersales service³¹ of bij het voor een opdrachtgever uitvoeren van een dienst of een werk of een andere activiteit.

Vaak spelen de werkzaamheden zich geheel of ten dele af op wat men duidt als de 'werkvloer' van de opdrachtgever. Mijn opvatting is dat de plaats van uitvoering van de activiteit in beginsel geen verschil uitmaakt voor het antwoord op de vraag bij wie leiding en toezicht liggen.

Ons denken over de werkvloer is in veel gevallen toe aan herziening. In een wereld waarin bedrijven allerhande activiteiten uitbesteden en feitelijke handelingen niet meer zijn dan een schakel in een veel groter geheel, is de plaats van uitvoering niet meer dan een van de vele feiten en omstandigheden die een rol kunnen spelen bij het beoordelen van de vraag of leiding en toezicht bij een derde berusten. Het werkvloerbegrip is als zodanig aan erosie onderhevig. De werkvloer van de opdrachtgever zal de opdrachtgever tegenwoordig al gauw delen met tientallen andere bedrijven die daar dagelijks voor langere of kortere tijd in opdracht van de opdrachtgever werkzaam zijn zonder dat het gaat om het ter beschikking stellen van arbeidskrachten. De techniek maakt het steeds vaker mogelijk apparaten van afstand te bedienen. Dit geeft een verwijzing naar de werkvloer een virtueel tintje. Ik vermoed dat dit virtuele karakter zal toenemen.

Indien een partij een activiteit uitbesteedt aan een derde, zal deze derde zelf leiding en toezicht over het voor de dienst, het werk of andersoortige activiteit ingezette personeel behouden. Denk aan bewakingsdiensten, catering, schoonmaak en allerhande vormen van contracting waarbij bedrijven geen uitzendkrachten inhuren, maar activiteiten door andere bedrijven laten verrichten (verrichtte men de activiteit voorheen zelf, dan gaat het om uitbesteding).

In al deze gevallen is geen sprake van leiding en toezicht van een derde als bedoeld in artikel 7:690 BW, ook niet indien de opdrachtgever hier en daar een instructie geeft. Instructies horen immers ook thuis in een opdrachtrelatie tussen de opdrachtgever en de opdrachtnemer/werkgever van het ingezette personeel of bij een aanneming van werk.

Het is daarbij niet bijzonder dat een instructie van de opdrachtgever wel eens (of waarschijnlijk juist zelfs vaker) uit overwegingen van efficiency (fysieke aanwezigheid maakt natuurlijk uit) rechtstreeks van opdrachtgever naar ingezet personeel gaat. De ontvanger van zo'n instructie zal wellicht vaak de baas zijn van het ingezette personeel, maar dit behoeft niet het geval te zijn. Het aanvaarden van een dergelijke instructie betekent dan niet direct dat sprake is van leiding en toezicht van de derde als bedoeld in artikel 7:690 BW. Een andere opvatting zou voorts tot gevolg kunnen hebben dat opdrachtnemers hun personeel zouden gaan instrueren om instructies van een opdrachtgever – hoe gering en zinvol ook – nooit (namens de opdrachtnemer) in ontvangst te nemen en/of zonder fiat van hun werkgever op te volgen ter vermindering van het risico dat de rechter er een uitzendrelatie van maakt.

31 Artikel 1 lid 3 sub a Waadi bevat op dit punt een expliciete bepaling. Van ter beschikking stellen is geen sprake bij het ten behoeve van een geleverde zaak of tot stand gebracht werk ter beschikking stellen van arbeidskrachten.

In de zojuist geschetste situaties (de opdracht betreft de uitvoering van een project, een werk, een dienst, een andere activiteit) is het beroep of bedrijf van de werkgever ook daadwerkelijk gericht op iets anders dan op het ter beschikking stellen van arbeidskrachten. Er is, met andere woorden, niet voldaan aan de eis dat de terbeschikkingstelling van personeel voor de desbetreffende in opdracht genomen activiteit plaatsvindt 'in het kader van het beroep of bedrijf' als bedoeld in artikel 7:690 BW.³² De vraag welk beroep of bedrijf de werkgever heeft, vormt aldus een gezichtspunt van belang in de beoordeling van de vraag of het gaat om een door artikel 7:690 BW gedekte verhouding.³³

Steeds zal de rechter bij een dispuut alle feiten en omstandigheden van het geval moeten wegen en daarbij rekening moeten houden met de werkelijke aard van de contractuele verhoudingen. Met schijn die afwijkt van de werkelijkheid weet de rechter natuurlijk wel raad.³⁴

Hof Den Bosch oordeelde op 10 januari 2017 in een procedure tussen de SNCU en het bedrijf Synapsis met recht dat het er om gaat of aan de hand van feiten en omstandigheden kan worden vastgesteld bij wie toezicht en leiding liggen.³⁵ Het hof overwoog daarbij dat de stelplicht en de bewijslast rusten op de partij (in casu de SNCU) die stelt dat (wel) sprake is van uitzending als bedoeld in artikel 7:690

32 A-G Van Peursem sprak in zijn conclusie van 15 april 2016 bij het C4C-arrest in dit verband over de 'ruime' definitie van de allocatiefunctie. Ik denk dat deze aanduiding, op zich juist, niet langer een passende manier van uitdrukken is. Ruim stond in zijn betoog tegenover beperkt, en zonder beperkt is het beter ook niet meer over ruim te spreken.

33 De wetsgeschiedenis van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) stuurt op zich aan op het aannemen van een verschil in bereik tussen het ter beschikking stellen van arbeidskrachten in artikel 7:690 BW en het ter beschikking stellen van arbeidskrachten in artikel 1 lid 1 onder c Waadi. Dit verschil ziet op de in artikel 7:690 BW opgenomen verwijzing naar 'in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf'. In de Waadi ontbreekt deze toevoeging. De Waadi beoogde enkele gedragsnormen vast te leggen voor degenen die arbeidskrachten aan anderen 'leveren'. De aard van de arbeidsverhouding tussen uitzendkracht en uitlener was daarbij niet van belang. Kamerstukken II 1996/97, 25264, 3, p. 17 en Kamerstukken II 1996/97, 25264, 5, p. 12. Het verschil valt praktisch gesproken weg, nu in artikel 7:690 BW geen (beperkende) allocatiefunctie valt te lezen en artikel 1 lid 3 sub b Waadi het bij wijze van hulpbetoog zonder winstoogmerk ter beschikking stellen van arbeidskrachten uitzondert van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten als bedoeld in de definitie in artikel 1 lid 1 onder c Waadi. In het kader van de Waadi behoeft geen sprake te zijn van een arbeidsovereenkomst tussen uitlener en uitgeleende, maar het oordeel van de Hoge Raad over de begrippen leiding en toezicht in C4C betekent dat niet goed voorstelbaar is dat men wel werkgeversgezag ervaart van de inlenende derde, maar niet van de uitlener.

34 Vergelijk Hof Den Bosch 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4353, JAR 2015/10, m.nt. Zwemmer (SNCU/Qatro). Het zich verweren tegen de gedachte van een uitzendrelatie en het daarbij verwijzen naar aanneming van werk is niet direct een goed verhaal als men zelf uitzendovereenkomsten met uitzendbeding met de betrokken Poolse medewerkers is aangegaan. De stelling dat dit laatste op een vergissing zou berusten, maakt het betoog niet direct sterker. Terecht overwoog het hof voorts dat het gaat om de feitelijke situatie en niet om de vraag welke etiketten op de contracten in de driehoeksrelatie zijn geplakt.

35 Hof Den Bosch 10 januari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:32 (SNCU/Synapsis).

BW.³⁶ Het hof constateerde dat bij het uitgevoerde werkingssfeeronderzoek geen onderzoek was gedaan bij de opdrachtgevers van Synapsis. Synapsis zorgde ervoor dat bij de uitvoering van werkzaamheden op de werkvloer van de opdrachtgever steeds een eigen voorman aanwezig was. De SNCU stelde dat deze voorman leiding en toezicht van de opdrachtgever gedelegeerd had gekregen, omdat de opdrachtgever wegens een taalbarrière niet met de werknemers kon communiceren. Dit laatste punt was feitelijk niet juist. Daarmee kreeg de redenering van de SNCU een gekunsteld karakter. Ik doel op de gedachte dat Synapsis haar gezag zou delegeren aan de opdrachtgever, waarna de opdrachtgever dit gezag weer terug delegeert aan Synapsis (een soort *sale and lease back*-constructie in het arbeidsrecht). Het hof maakte terecht korte metten met dit standpunt van de SNCU. Er was geen onderzoek naar de feiten gedaan en Synapsis had voldoende gemotiveerd bestreden dat er sprake was van een taalbarrière.

Ik voeg eraan toe dat een partij als de SNCU, die door de uitzendbranche is aangesteld als voorlichter, toezichthouder en handhaver van de uitzendbranche,³⁷ zich niet zomaar zonder behoorlijk feitelijk onderzoek³⁸ te hebben gedaan, behoort te lenen voor spitsvondigheden als een gekunsteld heen en weer schuiven met de delegatie van gezag. Als toezicht en leiding niet bij de derde liggen, dan is dit normaal gesproken niet een gevolg van het ontvangen en direct weer teruggeven van leiding en toezicht. Als de opdrachtgever leiding en toezicht heeft teruggelegd bij de partij die het werk uitvoert, is in beginsel alsnog geen sprake van een uitzendovereenkomst als bedoeld in artikel 7:690 BW.

Een en ander ligt mogelijk anders indien de partij die zich verweert tegen het aannemen van een uitzendrelatie een schijnwereld als de werkelijkheid probeert te verkopen. Bovendien is denkbaar dat de uitlener bij het aan een inlener ter

36 Ik ervaar geen verschil in opvatting tussen het oordeel in de Synapsis-zaak en het oordeel van Hof Amsterdam 8 maart 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:860 (SNCU). Artikel 150 Rv stelt dat de partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, de bewijslast van die feiten of rechten draagt, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit. In de door Hof Amsterdam in 2016 beslechte kwestie kwam een bedrijf op tegen het oordeel dat het ging om een uitzendovereenkomst en stelde deze verweerder zelf leiding en toezicht te hebben behouden. Dit standpunt lag in de geschetste omstandigheden niet voor de hand. Het standpunt bleef voorts zonder enige nadere toelichting, en het bedrijf had niet enig document in het geding gebracht ter onderbouwing van zijn standpunt. In deze omstandigheden is goed verdedigbaar dat uit de eisen van de redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit.

37 De SNCU, opgericht door de werkgevers- en werknemersorganisaties in de uitzendbranche, is blijkens de corporate brochure van de SNCU (zie de website sncu.nl) voorlichter, toezichthouder en handhaver voor en in de uitzendbranche. De SNCU wordt gefinancierd door de Stichting Fonds Uitzendbranche (SFU). De SFU ontvangt premies die door uitzendbureaus (vallend onder de werkingssfeer van de cao SFU) worden betaald. Deze subsidie wordt verminderd met de SNCU-inkomsten afkomstig van individuele uitzendbureaus. Dit betreft onder andere betaalde schadevergoedingen die zijn opgelegd, bedragen die niet aan uitzendkrachten kunnen worden betaald en vergoedingen voor gemaakte kosten bij hercontroles. Op deze wijze draagt de vervuiler, zoals de corporate brochure van SNCU stelt, bij aan de financiering van de werkzaamheden van de SNCU. De SNCU legt verantwoording af aan de SFU en aan de minister van SZW. Jaarlijks stelt het bestuur van de SNCU een financieel verslag op. De desbetreffende informatie is openbaar en inzichtelijk via de website van de SNCU en via de website van het ministerie van SZW.

38 Zulk feitelijk onderzoek was in C4C wel verricht.

Leonard G. Verburg

beschikking stellen van buitenlandse werknemers helpt met het overbruggen van de taalbarrière door de instructies van de inlener te vertalen en vertaald door te geven aan de uitzendkrachten. In dit geval vertegenwoordigt de uitlener bij het vertalen en het vertaald doorgeven van de desbetreffende instructies van de opdrachtgever de inlener. Ik vermoed dat de SNCU dit laatste argument op het netvlies had.³⁹ Dan moet er echter wel een stevige feitelijke grond onder het verhaal liggen. In het algemeen mag een procespartij zelf bepalen welke stellingen men in de procedure wil betrekken. Voor een partij als de SNCU zou ik de meetlat op dit punt evenwel hoger willen leggen.

Van een correcte processuele benadering van de zijde van de SNCU in de SNCU/Synapsis-zaak getuigt wel dat de SNCU in de procedure stelde dat facturering op uurbasis op zich losstaat van de vraag waar leiding en toezicht over de werkzaamheden ligt. Deze zienswijze is op zichzelf beschouwd inderdaad juist. Andersom is ook waar: de wijze van factureren zegt nog lang niet alles over de gedachte dat het niet om een uitzendovereenkomst gaat.

4 C4C en de regeling van payrollrolling in de Ontslagregeling⁴⁰

De wetgever heeft in feite in de Wet werk en zekerheid (Wwz) al enig voortouw genomen in de discussie over hoe men na het C4C-arrest met het thema van payrollrolling, althans wat de symbiotisch vormgegeven varianten betreft, zou kunnen omspringen. Tijdens het wetgevingsproces betreffende de Wwz stelde de minister

39 Dit speelde (ook) in het hiervoor reeds aangestipte Hof Den Bosch 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4353, JAR 2015/10, m.nt. Zwemmer (SNCU/Qatro). Ik vermoed dat de SNCU in Synapsis bij de keuze voor het hanteren van het argument van het terugleggen van de delegatie van gezag de desbetreffende overweging van het hof in de Qatro-zaak in gedachten had. Het hof stelde in Qatro dat het gelet op de taalkwestie praktisch onmogelijk was dat de champignonplukkers onder feitelijk toezicht en leiding van Worldchamp hun werkzaamheden uitoefenden. Daaruit vloeide volgens het hof voort dat inlener Worldchamp toezicht en leiding kennelijk aan uitlener Qatro had uitbesteed. Het hof hield het er voor dat de leidinggevende van Qatro (mede) Worldchamp vertegenwoordigde ten aanzien van het toezicht en leidinggeven. Deze redenering heeft veel weg van een cirkelredenering, temeer daar het hof aangaf het onaannemelijk te achten dat de leidinggevende van Qatro uitsluitend als vertaalster had opgetreden. Dit laatste aspect wijst immers eerder in de richting van het bestaan van een aannemingsovereenkomst tussen Qatro en Worldchamp, zoals Qatro ook verdedigde. De casusposities van Qatro en Synapsis verschillen feitelijk vrij fors van elkaar. Ik vermoed dat in Qatro de werkgever parten speelde dat men (naar eigen zeggen: per abuis) een uitzendovereenkomst was aangegaan en in de procedure beweerde dat de werkelijkheid er anders uitzag. Niettemin bespeur ik in de overwegingen van het hof in Synapsis een zeker voortschrijdend inzicht in nieuwe driehoeksrelaties.

40 Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 april 2015, 2015-0000102290, tot vaststelling van regels met betrekking tot ontslag en de transitievergoeding (Ontslagregeling), Stcrt. 2015, nr. 12685, zoals gewijzigd in de Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 7 december 2015, nr. 2015-0000300381, tot wijziging van de Ontslagregeling en de Regeling UWV ontslagprocedure in verband met de Verzamelwet SZW 2016 en technische aanpassingen, Stcrt. 2015, nr. 45451, en in de Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 juni 2016, nr. 2016-0000141518, tot wijziging van de Ontslagregeling in verband met de afschaffing van de VAR en enkele andere wijzigingen, Stcrt 2016, nr. 34013.

van SZW dat payrolling een hele nuttige functie kan vervullen, maar ook kan leiden tot uitholling van de bescherming van werknemers. De minister zocht naar een regeling die tot effect zou hebben dat de ontslagbescherming voor payrollwerknemers eenzelfde vorm en niveau zou hebben als gold voor werknemers die rechtstreeks in dienst waren bij een werkgever.⁴¹

In de Ontslagregeling van 23 april 2015, zoals nadien gewijzigd, is een en ander vervolgens geregeld. Artikel 1 Ontslagregeling bevat de definities van de payrollwerkgever (artikel 1 onder f) en de payrollwerknemer (artikel 1 onder g). Paragraaf 7 van de Ontslagregeling bevat regels met betrekking tot het ontslag van de payrollwerknemer. De regeling houdt in dat bij payrolling de ontslagen op bedrijfseconomische grond (de a-grond) niet kunnen worden afgewikkeld overeenkomstig de bijzondere spelregels die de Ontslagregeling voor uitzendwerkgevers kent (artikel 7 Ontslagregeling).⁴² Artikel 27 Ontslagregeling stelt de payrollwerknemer voor de toepassing van de Wet melding collectief ontslag (WMCO) gelijk met werknemers als bedoeld in artikel 1 lid 1 onderdeel b WMCO.

Bij de payrollwerkgever gaat het in artikel 1 onder f Ontslagregeling om de overeenkomst die niet tot stand is gekomen in het kader van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt. De Ontslagregeling kent voorts een definitie van de uitzendwerkgever (artikel 1 onder i Ontslagregeling). In de definitie van deze figuur moet juist wel sprake zijn van de intentie om vraag en aanbod op de arbeidsmarkt bij elkaar te brengen. In de Toelichting bij de Ontslagregeling is verwoord dat het bij de definitie van de uitzendwerkgever gaat om de definitie zoals deze was te vinden in Bijlage B bij het voormalige ontslagbesluit.⁴³

De allocatiefunctie is in de definitie van de uitzendwerkgever in de Ontslagregeling een hard punt. In de Toelichting staat dat duidelijk moet zijn dat de bedrijfsactiviteiten gericht zijn op het bij elkaar brengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt. Dit impliceert een actieve werving van uitzendkrachten en een actieve werving van inleners, waarbij de intercedenten van de uitzendwerkgever

41 Handelingen II, 33818, 54-9-21. Uitgangspunt van het kabinet was bovendien dat structureel werk bij de rijksoverheid zo veel mogelijk structureel zou worden ingevuld via een passende arbeidsrelatie. De inhuur van tijdelijke werknemers via payrollconstructies zou worden afgebouwd en dat is voor zover (mij) bekend ook gebeurd. Het streven is erop gericht geweest om vóór 1 mei 2015, of in geval van een verlenging van een overeenkomst vóór 1 mei 2016, de payrollcontracten van diensten van de rijksoverheid volledig te hebben afgebouwd. Zie nog over payrolling en de Wwz R.M. Beltzer, Payrolling, uitzending en contracting, in: *De flexibele arbeidsmarkt in beweging* (congresbundel Nationaal Arbeidsrecht Congres 2015), Den Haag: Sdu 2016, p. 29-36.

42 In feite volgt de Ontslagregeling de route die de Rotterdamse kantonrechter in december 2012 al wees. Zie Ktr. Rotterdam 21 december 2012, JAR 2013/46. De kantonrechter oordeelde in tien door een payrollbedrijf ingediende ontbindingsverzoeken (uit de tijd van vóór de Wwz) omtrent een payrollsituatie dat de afspiegeling moest plaatsvinden met inachtneming van de onderneming van de inlenende partij.

43 Bijlage B bij het voormalige ontslagbesluit is indertijd aangepast na en naar aanleiding van het oordeel van Hof Den Haag uit 2002 in de kwestie betreffende de dienstverlening door IT-deskundigen van CMG. Zie Hof Den Haag 29 november 2002, NJ 2003/129 (CMG). Op het punt van dergelijke situaties is de tekst van de huidige Ontslagregeling derhalve duidelijk.

Leonard G. Verburg

de uitzendkrachten vervolgens (na actieve bemiddeling) onderbrengen bij inleners.⁴⁴

Het vorenstaande klinkt helder, maar ik vermoed dat de praktijk allang allerehande varianten laat zien waarin het niet zo duidelijk is of men zich beweegt als uitzendwerkgever dan wel als payrollwerkgever. Wat is actief? Wat is niet actief? Bestaat er zoiets als een beetje actief? Is niet actief hetzelfde als een niet tot stand komen van een arbeidsovereenkomst in het kader van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt? Wat is rechtens als de uitzendwerkgever het payrolldeel van de uitzendactiviteiten onderbrengt bij een gelieerd payrollbedrijf: wiens rol beslist in deze situatie de vraag of er sprake is van uitzending dan wel payrolling?

Sinds C4C is het er in ieder geval wat de definities betreft niet eenvoudiger op geworden. De Ontslagregeling maakt een onderscheid tussen de uitzendwerkgever en de payrollwerkgever. Ik denk niet dat dit onderscheid zonder problemen is. Het C4C-arrest laat zien dat dit onderscheid, hoe lastig op zich reeds, niet valt terug te voeren op het bepaalde in artikel 7:690 BW en artikel 7:691 BW. In deze wetbepalingen gaat het juist om een en dezelfde definitie.

Het lijkt me verstandig dat de wetgever met de sociale partners overleg pleegt over de vraag of de opzet van de Ontslagregeling in de praktijk van de laatste twee jaren problemen geeft. Als dit niet het geval blijkt te zijn, valt te overwegen om de opzet van de Ontslagregeling over te brengen naar het bereik van artikel 7:690 BW en artikel 7:691 BW (en dus de wet aan te passen aan de Ontslagregeling). Ik bedoel hiermee dat artikel 7:690 BW geen wijziging ondergaat en dat het bereik van artikel 7:691 BW wordt teruggebracht naar wat nodig is voor een gelijkschakeling met de Ontslagregeling. Deze suggestie doet echter slechts opgeld als de sociale partners beide aangeven dat het onderscheid tussen uitzendwerkgever en payrollwerkgever helder en werkbaar is en dat oordeel wordt bevestigd door ervaringsdeskundigen. Ik verwacht hier niet veel positiefs van en taxeer dat geconstateerd zal worden dat er een grijs gebied is waarin het lastig is te bepalen of er sprake is van een uitzendwerkgever of een payrollwerkgever.

Is de gedachte omkeerbaar? Ik doel op de mogelijkheid om bij problemen in de toepassing van het in de Ontslagregeling opgenomen onderscheid tussen uitzendwerkgever en payrollwerkgever de aparte behandeling van payrolling in de Ontslagregeling te schrappen en terug te keren naar de regeling van uitzendarbeid zoals deze regeling sinds C4C begrepen moet worden. Voor zo'n aanpak valt in het algemeen op zich wel wat te zeggen. Als een oplossing van een probleem zelf in problemen geraakt, is het vaak beter eerst terug te keren naar het vertrekpunt, om van daaruit te bezien hoe het verder moet.⁴⁵ Toch voel ik er niet voor. De Ontslagregeling is van recenter datum en zoekt naar duidelijkheid en rechtszekerheid ten aanzien van de bij ontslagen op de a-grond te hanteren selectiecriteria. Het lijkt minder geschikt deze niet onbegrijpelijke hang naar helderheid voor jaren op

44 Ontslagregeling, Stcrt. 2015, nr. 12685, p. 11, onderdeel i.

45 Deze suggestie zou naar mijn overtuiging ook kunnen gelden voor de start van de aanpak van het dossier van de 'mislukte' Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties. Het motto zou kunnen luiden: 'reculer pour mieux sauter'.

te zadelen met disputen over de vraag of een bepaalde nieuwe driehoeksrelatie al of niet behoort te worden afgewikkeld overeenkomstig de regels die de Ontslagregeling geeft voor uitzending.⁴⁶ Ik houd derhalve vast aan de gedachte de wet aan te passen aan de Ontslagregeling en bij problemen in de toepassing te proberen deze binnen het kader van de Ontslagregeling op te lossen. Bij dergelijke oplossingen kan men naast 'harde' regels ook denken aan richtsnoeren (een vorm van *soft law*). Een combinatie van richtsnoeren en regels werkt vaak goed.⁴⁷

Een laatste opmerking betreft de omstandigheid dat artikel 7:691 BW een ander schootsveld kent dan de Ontslagregeling. Artikel 7:691 BW concentreert zich op de regeling van een verlicht regime van rechtsbescherming voor de uitzendkracht. De Ontslagregeling treft enige specifiek op de uitzendverhouding toegesneden regelingen rond ontslagen om bedrijfseconomische redenen. Bij het nadenken over selectiecriteria zijn daarnaast vrijwel altijd andere werknemers betrokken: het vertrek van de een kan het behoud van de baan van de ander betekenen. Het is aldus niet noodzakelijkerwijs 'fout' dat iemand voor de toepassing van artikel 7:691 BW een uitzendkracht is met de bijbehorende regels en voor de toepassing van de Ontslagregeling geen uitzendkracht is, maar een payrollwerknemer (met de daar weer bijbehorende regels, die anders luiden dan die voor uitzendkrachten).

5 C4C en de werkingssfeer van de ABU CAO 2012-2017, StiPP en de opvattingen van de Stichting van de Arbeid: over lap en deken

Bij lezing van de werkingssfeerbepalingen van de ABU CAO 2012-2017 (de huidige algemeenverbindendverklaring loopt van 25 maart 2016 tot en met 4 november 2017, de laatste dag van de looptijd van de cao) en het thans geldende Besluit van de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid tot verplichtstelling tot deelneming in StiPP van 18 december 2014, zoals nadien gerectificeerd,⁴⁸ blijkt dat de teksten niet volledig synchroon lopen.⁴⁹ Dat kan reeds niet, nu de ABU CAO 2012-2017 niet geldt voor de werkgevers die lid zijn

46 Ik denk hierbij in juridisch-technische zin aan de mogelijkheid dat de rechter bepaalt dat in een bepaald geval de toepassing van de selectiecriteria in de Ontslagregeling ten aanzien van uitzending naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, of oordeelt dat de regeling van de selectiecriteria in de Ontslagregeling ten aanzien van uitzending zo moet worden uitgelegd dat strijd met de ratio van deze regeling wordt voorkomen. Het geheel heeft iets van een onnodige (en ongewenste) terugkeer naar de tijd van Ktr. Rotterdam 21 december 2012, JAR 2013/46. Het is beter om de wet aan te passen aan de Ontslagregeling.

47 Deze aanpak treffen we bijvoorbeeld in de Code Corporate Governance.

48 Indien men de draad oppakt bij het verplichtstellingsbesluit dat speelde in C4C, gaat het om de Bekendmaking wijziging van de verplichtstelling tot deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds voor personeelsdiensten van 30 januari 2009, Stcrt. 2009, nr. 22, zoals nadien gewijzigd bij Besluit van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid tot wijziging van de verplichtstelling tot deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds voor personeelsdiensten van 18 december 2014, Stcrt. 2014, nr. 37623, zoals gerectificeerd op 7 maart 2016, Stcrt. 2014, nr. 37623-n1.

49 Ik laat buiten beschouwing dat de NBBU CAO voor uitzendkrachten een andere looptijd heeft dan de ABU CAO 2012-2017, te weten: 2014-2019.

Leonard G. Verburg

van de NBBU (artikel 2 lid 2 ABU CAO 2012-2017).⁵⁰ Ook de algemeenverbindendverklaring van de ABU CAO 2012-2017 heeft dus niet tot gevolg dat deze cao via algemeenverbindendverklaring geldt voor de bij de NBBU aangesloten werkgeversleden. Ik bespaar de lezer een minutieuze rondgang langs de verschillende regels (ook die welke gelden bij andere bedrijfstakken), maar constateer wel dat nader onderzoek naar de verschillen en de oorspronkelijk bestaande en nu nog geldende oorzaken van de diverse verschillen een zinvolle exercitie is.

De ABU CAO probeert een helder beeld te geven van het bereik van deze voor de sector altijd zo belangrijke cao. De tekst van artikel 2 (werkings sfeer) leest goed en achter de tekst treft men correct een verwijzing naar de aanbeveling van de Stichting van de Arbeid uit 2001 over de verhouding tussen uitzend-cao's en inleen-cao's.⁵¹ Op bladzijde 12 van de ABU CAO 2012-2017 treft men een stroomschema over de toepasselijkheid van de cao. Dit schema is verhelderend, maar toont ook de juistheid van de kanttekening van de Stichting van de Arbeid in 2001 dat '(...) mede als gevolg van de wetgeving inzake Flexibiliteit en Zekerheid, de grenzen vervagen tussen uitzendondernemingen en andere ondernemingen. Sommige uitzendondernemingen ontwikkelen zich tot specialistische aanbieders van personeelsdiensten binnen één sector of enkele nauw samenhangende sectoren. Ondernemingen binnen een bedrijfstak gaan een deel van hun personeel uitzenden binnen of buiten de eigen bedrijfstak. Detacheringbureaus bewegen zich op het grensvlak van enkele sectoren en zijn soms nauwelijks te onderscheiden van (onder)aannemers. Het vorenstaande maakt een herbezinning op en herdefiniëring van werkings sfeerdefinities in CAO's gewenst, mede met het oog op het voorkomen van mogelijke verstoringen van concurrentieverhoudingen. Met name op dit terrein luisteren de te kiezen oplossingen zeer nauw.'⁵² Deze herbezinning is er ten aanzien van de afstemming van uitzendcao's en inleencao's in mijn beleving goeddeels gekomen. Maar er is, juist ook ten aanzien van de afstemming met de werkings sfeerbepalingen van verplichtstellingsbeslui-

50 Het gaat om lidmaatschap van de werkgever van de NBBU. In Hof Amsterdam 13 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5398, was de werkgever geen lid van de NBBU. Wel bevatte de arbeidsovereenkomst een incorporatiebeding dat verwees naar de NBBU CAO voor uitzendkrachten. Deze binding via incorporatie is (anders dan een lidmaatschap van de NBBU) uiteraard niet 'opgewassen' tegen de algemeenverbindendverklaring van de ABU CAO 2012-2017. Het hof overwoog daarbij nog dat de werkzaamheden van de desbetreffende werkgever niet vielen onder de werkings sfeer van de NBBU CAO voor uitzendkrachten (welke eveneens gericht is op lidmaatschap van de werkgever). De toegevoegde waarde van deze laatste overweging is niet aanstonds duidelijk. Voor zover het hof het derde lid van artikel 2 van de ABU CAO 2012-2017 op het netvlies had: het derde lid heeft geen betrekking op andere cao's voor uitzendkrachten, maar op het (via de werkings sfeerbepaling) van toepassing zijn van de cao van een andere bedrijfstak (bedoeld wordt de bedrijfstak waarin de inleener zijn activiteiten heeft), in de situatie dat de uitleener hoofdzakelijk werknemers binnen die andere bedrijfstak ter beschikking stelt (zoals blijkt uit het bepaalde in lid 3 en 4 van artikel 2 ABU CAO 2012-2017).

51 Stichting van de Arbeid, Arbeidsvoorwaarden van uitzendwerknemers. De verhoudingen tussen uitzend-CAO's en CAO's van inlenende ondernemingen, 17 oktober 2001, Publicatienr. 10/01.

52 Stichting van de Arbeid, Publicatienr. 10/01, p. 6/7.

ten betreffende pensioenfondsen als bedoeld in de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000, meer te doen.⁵³

Dat er meer te doen is, blijkt al uit de regeling (of juist het ontbreken van een regeling) van de ‘personeelsvennootschap’ (intra-concerndetachering) en het gebruik van zo’n aparte personeelsvennootschap in de vele werelden van gelieerde verenigingen en stichtingen. Ten aanzien van het bereik van artikel 7:691 BW is er duidelijkheid. De uitzondering van het zesde lid van artikel 7:691 BW heeft (mede) betrekking op groepsverbanden als bedoeld in artikel 2:24b BW. Artikel 2:24b BW regelt het groepsbegrip als economische eenheid voor alle rechtspersonen en niet alleen voor de nv en bv.⁵⁴

De verplichtstelling tot deelneming in StiPP geldt niet voor de ‘personeelsvennootschap’. De figuur van de ‘personeelsvennootschap’ wordt in het verplichtstellingsbesluit gedefinieerd als de rechtspersoon, die voor de totale omvang van het premieplichtig loon op jaarbasis uitzendkrachten ter beschikking stelt van opdrachtgevers met wie de rechtspersoon in de zin van artikel 2:24a of 2:24b BW is verbonden om uitsluitend onder leiding en toezicht van die opdrachtgevers arbeid te laten verrichten. Ook dit is helder.

De ABU CAO 2012-2017 bevat echter geen bepaling omtrent de personeelsvennootschap. Deze cao omvat derhalve ook personeelsvennootschappen, tenzij het gaat om een personeelsvennootschap die valt onder de werkingssfeeromschrijving van een andere bedrijfstak-cao (artikel 2 lid 3 ABU CAO 2012-2017). Dat zal lang niet altijd het geval zijn. Dispensatie (artikel 4 van de ABU CAO 2-12-2017) is een mogelijkheid, maar alleen indien aan de criteria is voldaan (Bijlage IX bij de ABU CAO 2012-2017).

Belangrijker is de omstandigheid dat de Stichting van de Arbeid er ten aanzien van een samenhangende blik op de uitzendwereld en wat daarmee samenhangt

53 Vgl. Halsema 2016 en diens verwijzing naar de overweging van het arrest van Hof Den Haag uit 2014 (inzake Geleiderail), waarin wordt aangegeven dat het niet de bedoeling van het complex van regelingen is dat werknemers onder de cao van de ene bedrijfstak en onder pensioenregelingen van een andere bedrijfstak vallen. Het gaat hier in de visie van het hof om een objectief kenbaar gezichtspunt dat bij de uitleg van de bedrijfstakregelingen en de van toepassing zijnde ministeriële besluiten van belang is. Hof Den Haag 2 december 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3989. De cassatie is in 2016 door de Hoge Raad afgedaan op basis van artikel 81 lid 1 Wet RO. HR 23 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2170, JAR 2016/248. De conclusie van A-G Timmerman bij dit laatste arrest geeft onder punt 2.8 een korte schets van de problematiek van de overlap van pensioenregelingen met verdere literatuurverwijzingen.

54 Artikel 1 lid 3 onder c Waadi refereert aan het ter beschikking stellen van arbeidskrachten in een onderneming die door dezelfde ondernemer in stand wordt gehouden als die de arbeidskrachten ter beschikking stelt. Men treft hier dus geen verwijzing naar artikel 2:24a/2:24b BW. De wetgeschiedenis laat zien dat het niet wenselijk werd geacht het regime van de Waadi van toepassing te doen zijn in situaties waar binnen één concern het personeel door een ‘personeelsmaatschappij’ aan zusterbedrijven ter beschikking wordt gesteld. Het uitgangspunt van de regeling in de Waadi was een ruime formulering met een uitzondering daarop, wanneer de normstelling niet functioneel was. Kamerstukken II 1996/97, 25264, 5, p. 12. Het lijkt me dat het afhangt van de omstandigheden van het geval of dit voor groepen van gelieerde verenigingen en stichtingen een verschil zal geven met de regeling van de intra-concerndetachering in artikel 7:691 lid 6 BW. Dit aspect laat ik in deze kolommen buiten beschouwing.

(nog) niet uitkomt. De Stichting van de Arbeid schreef op 29 juni 2015 aan de minister van SZW omtrent een op verzoek van deze minister uit te brengen advies over driehoeksrelaties. De Stichting van de Arbeid liet weten dat zij vanwege de complexiteit en samenhang met andere arbeidsmarktontwikkelingen geen eensluidend advies kon voorleggen met betrekking tot de vraag of en, zo ja, op welke wijze de zogeheten driehoeksrelaties passen in de ordening van de arbeidsrelaties. De Stichting van de Arbeid hernam de tekst over dit thema uit het Sociaal Akkoord van 11 april 2013: '(Nieuwe) vormen van flexibiliteit zoals opdracht van overeenkomst (avo), payroll, contracting en doorlenen dienen ingepast te worden in de bestaande arbeidsrechtelijke ordening zodat geheel transparant is of, en zo ja onder welke voorwaarden, deze arbeidscontracten kunnen worden aangeboden. (...) in ieder geval de gezamenlijke wens van partijen in de Stichting van de Arbeid om te bevorderen dat duidelijkheid bestaat over de wederzijdse rechten en plichten en te komen tot een heldere inkadering van het toenemend aantal driehoeksrelaties in de bestaande ordening van arbeidsverhoudingen en arbeidsvoorwaarden. Voorkomen moet worden dat deze constructies vooral worden benut voor ontduiking of ontwijking van al dan niet bij cao geregelde rechtspositionele regelingen en arbeidsvoorwaarden.' De Stichting van de Arbeid liet de minister weten dat de sociale partners van mening waren dat er rond het uitbesteden van werk (door middel van 'contracting') en het uitbesteden of doorbesteden van het werkgeverschap (door middel van payrollconstructies, maar ook doorlening) zich in toenemende mate vraagstukken voordeden die dringend om een oplossing vroegen. Het ging de Stichting van de Arbeid om alle vormen van driehoeksverhoudingen, zoals naast payroll ook contracting, doorlening, overeenkomst van opdracht, uitzendarbeid en bemiddeling van zzp'ers. Binnen de Stichting van de Arbeid had de discussie over deze specifieke vormen van arbeidsrelaties (nog) niet tot een gezamenlijke visie van werkgevers en werknemers geleid. Wel constateerde de stichting dat deze niet los kan worden gezien van een brede visie op ontwikkelingen op de arbeidsmarkt zoals die zich in de afgelopen jaren hebben voorgedaan en waarschijnlijk de komende jaren te verwachten waren. De discussie binnen de Stichting van de Arbeid was niet gestopt. Daarvoor was de noodzaak te komen tot een gedragen oplossing te groot. De brief sloot af met de gedachte dat de werkgevers en werknemers het vinden van oplossingen van groot belang achtten. Het ging immers over de kwalificatie van arbeidsrelaties, 'het onderwerp dat werkgevers en werknemers in het bijzonder bindt'. Op dat moment kon de stichting echter niet met een advies komen.

Dat advies is er op het moment van schrijven van deze bijdrage kort voor de verkiezingen van 15 maart 2017 nog steeds niet. Mogelijk bieden deze verkiezingen een kans om met hernieuwd elan tot zaken te komen. In ieder geval heeft de Hoge Raad tijdig voor de verkiezingen in C4C een verhelderend oordeel gegeven over een belangrijk geschilpunt en gekozen voor eenvoud in de benadering van de regels van artikel 7:690 BW en artikel 7:691 BW. In november 2017 loopt de huidige ABU CAO 2012-2017 af. Ook dat maakt dat partijen in de uitzendwereld nader tot elkaar zouden moeten komen.

In de thans volgende slotparagraaf leg ik nog een enkel stukje van de puzzel op de tafel van het overleg in de boezem van de Stichting van de Arbeid.

6 De uitzendwereld en de rol van de wetgever/overheid

Ik keer terug naar de overweging van de Hoge Raad in het C4C-arrest omtrent de gedachte dat voor zover de toepassing van de regels van artikel 7:691 BW in nieuwe driehoeksrelaties zou leiden tot resultaten die zich niet laten verenigen met hetgeen de wetgever bij de regeling van de artikelen 7:690-7:691 BW voor ogen heeft gestaan, het in de eerste plaats aan de wetgever is hier grenzen te stellen. De Hoge Raad had payrollrolling op het netvlies. De passage nodigt echter uit tot een bespiegeling met een breder karakter.

De indertijd in de wet gekozen opzet is bijna twintig jaar oud. De wereld van nu is niet meer de wereld van toen. Maar toen was er ook al iets bijzonders aan de hand. Wellicht ben ik de enige die er een punt van maakt, maar ik heb het steeds opmerkelijk gevonden dat de wetgever een bedrijfstak heeft ‘opgezadeld’ met regelgeving die tot gevolg heeft dat het businessmodel afhankelijk is van de vraag of de bedrijven in deze sector een vakbond bereid vinden een cao af te sluiten.

Overall maken bedrijven en vakbonden in ons land gebruik van de wettelijke mogelijkheden en hebben zij te maken met overheidsregulering. Driekwartdwingend recht via cao's heeft vaste voet gekregen. In veel sectoren maakt men van deze ruimte een passend geacht gebruik. Wij spreken daarbij in het algemeen echter niet over de vormgeving van de kernactiviteiten, maar over de wijze waarop het bedrijf op personeelsgebied zo kan sturen dat de tering zo goed mogelijk c.q. sociaal verantwoord in de pas loopt met de nering. In de uitzendwereld gaat het over een activiteit (namelijk uitzending) die rechtstreeks in de kern wordt geraakt door de vraag of het uitzendbedrijf een vakbond bereid vindt een cao af te sluiten. Het al of niet hebben kunnen afsluiten van een cao raakt het businessmodel van de uitzendwereld niet volledig. De eerste leden van artikel 7:691 BW geven ook zonder dat sprake is van een cao een bepaalde ruimte aan afspraken die onder het reguliere beschermingsniveau van werknemers liggen. Maar zonder de extra ruimte die via de weg van het achtste lid van artikel 7:691 BW bij cao verkrijgbaar is, zien de kernactiviteiten er toch zodanig anders uit dat het niet op basis van een cao kunnen opereren het businessmodel danig om zeep brengt. Zonder cao zouden heel wat uitzendkrachten versneld ‘uitgefaseerd’ worden.

Ik spreek geen woord ten nadele van de spelers in de markt aan de zijde van de bedrijven en de vakbonden die sinds bijna twintig jaar vormgeven aan de cao's in de uitzendwereld. Als wetgever zou ik me evenwel afvragen of de afhankelijkheid van het vinden van een derde en het risico van het niet vinden van een tot ondertekening van een cao bereid zijnde vakbond een juiste uitgangspositie geeft voor een sector die zo groot is (geworden) en zoveel werknemers (ik las op de ABU-site naar de stand van zaken in 2015 over meer dan 770.000 uitzendkrachten) tewerk doet stellen. Deze vraag speelde al in de jaren negentig, maar de toename van het

Leonard G. Verburg

belang van de sector in de afgelopen decennia geeft het aspect nog een zet in de rug.

Zou men de vraag stellen of er altijd een vakbond wordt gevonden die bereid is in de lijn van de bestaande afspraken de uitzendkar een paar jaar verder te trekken, dan zou het antwoord waarschijnlijk luiden dat die vakbond inderdaad altijd wordt gevonden. Zou men doorvragen en opmerken dat in andere sectoren een cao-loos tijdperk toch wel eens voorkomt, dan zou het antwoord luiden dat de uitzendwereld een bijzondere wereld is (en dat is het). Zou de vraagsteller dat antwoord onvoldoende specifiek vinden en een 'wat als'-vraag stellen, dan zou het antwoord mogelijk luiden dat het bedrijf steeds in staat is de risico's te managen en dat de vraagsteller problemen ziet die er niet zijn. Hebben de uitzendbedrijven een plan B? Hebben de vakbonden een plan B? Niemand stelt dergelijke vragen. Waarom eigenlijk niet?

En de overheid? De overheid steunt het twintig jaar geleden gekozen systeem waar mogelijk. Op pensioengebied via de verplichtstelling tot deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds voor personeelsdiensten (StiPP). Op sectorniveau door de ABU CAO's algemeen verbindend te verklaren. Op handhavingsgebied door de regelingen rond de SNCU algemeen verbindend te verklaren. Handhaving wordt in ons land ook niet direct beschouwd als een overheidstaak. A-G Langemeijer stelde in zijn conclusie bij Tida Vesta/SNCU niet ten onrechte dat handhaving van algemeen verbindend verklaarde cao's primair wordt beschouwd als een taak van de cao-partijen, waarbij ministers van SZW zich terughoudend plegen op te stellen ten aanzien van het gebruik van hun bevoegdheid om een onderzoek op de voet van artikel 10 van de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten te gelasten.⁵⁵ De SNCU doet derhalve wat past binnen ons bestel.⁵⁶

Het is mede gezien het toegenomen belang van de uitzendwereld en aanverwante terreinen, al of niet in de vorm van 'nieuwe' driehoeksrelaties, niettemin opmerkelijk dat de overheid zo langs de kant blijft staan en in de afgelopen jaren eigenlijk vooral in het kader van de Wwz in de pen is geklommen bij een aanpassing van de spelregels van het ontslagrecht bij payrollrolling. Payrollrolling is qua aantallen (vooralsnog) een relatief geringer verschijnsel.

Laat de wetgever de bij de cao's in de uitzendwereld betrokken cao-partijen zelf uitdokteren of de uitkomst van het C4C-arrest aanleiding geeft tot aanpassing van de werkingssfeerbepaling van de ABU CAO? Mag de SNCU de handhaving onverkort tot haar kernactiviteit blijven rekenen en is dit wel gedaan zonder dat van overheidswege enige onafhankelijke toezichthouder daadwerkelijk over de schouders meekijkt of deze grensbewaker zich concentreert op de juiste dossiers?

55 Te vinden in ECLI:NL:PHR:2014:1772, zie HR 28 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3458, NJ 2014/499 (Tida Vesta/SNCU).

56 Vgl. in dezelfde zin M. Kullmann, *Privaatrechtelijke handhaving door de Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrachten*, ArA 2015/3, p. 39-59.

De arbeidsmarkt kijkt mee en bedrijven stemmen veelal met de voeten. Ik bedoel met dit laatste vooral dat een ruimhartige interpretatie van de wettelijke regeling van de uitzendovereenkomst en een dito interpretatie van de werkingssfeerbepaling van de cao's of StiPP in de uitzendwereld niet noodzakelijkerwijs op de wat langere termijn tot meer uitzendovereenkomsten hoeft te voeren. Ook de uitzendovereenkomst loopt het risico of de kans, het is maar hoe men het bekijkt, te worden ingewisseld door een contractsvorm als de overeenkomst van opdracht. Ook de uitzendkrachten kan men vervangen door zzp'ers of door als één onderneming opererende samenwerkingsverbanden van zzp'ers.

Het thema is niet zonder belang. Een ongenuanceerde benadering van payrollrolling of van een andere nieuwe arbeidsrelatie kan uiteindelijk tot gevolg hebben dat nog meer werkzame personen van arbeidsrechtelijke bescherming verstoken raken.

De Wwz heeft, zoals verwacht, het vaste dienstverband een nog vaster karakter bezorgd. Een in de eerste helft van 2016 uitgevoerd onderzoek van VAAN/VvA onderbouwt deze stelling. Uit het onderzoek naar niet gepubliceerde rechtspraak bleek dat voorheen één op de tien ontbindingsverzoeken werd afgewezen, terwijl dat sinds 1 juli 2015 op vier van de tien ligt. Het onderzoeksrapport concludeerde dat de ontbindingsprocedure door de Wwz substantieel bemoeilijkt is en vast in dit opzicht vaster is geworden. De doelstelling 'flex minder flex' werd volgens een grote meerderheid van de respondenten evenmin behaald.⁵⁷

Op 26 september 2016 kwam het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) naar buiten met het bericht dat het vaste contract in Nederland op zijn retour is door het beleid van de afgelopen kabinetten. Nederland is wereldwijd een buitenbeentje als het gaat om het groeiende aantal flexwerkers. De directeur van het CBS stelde dat de toename van het flexcontract geen internationale trend is en dus niet onvermijdelijk is. Het is ook niet iets tijdelijks of iets wat komt omdat flexwerkers zo graag op een flexcontract werken. Het CBS trekt daaruit de conclusie dat het komt door beleid. De trend slaat vooral neer bij mensen met een zwakke positie op de arbeidsmarkt.⁵⁸

Het C4C-arrest laat zien hoe lastig het is om in een werkomgeving met tegengestelde belangen compromissen te sluiten die heldere regels opleveren. We hebben er bijna twintig jaar over gedaan om helder te krijgen wat mocht worden verstaan onder het begrip uitzendovereenkomst.

Mijn betoog staat in de sleutel van de gedachte dat het vaste dienstverband niet voldoende is gekoesterd als een vehikel dat, de altijd denkbare eventuele uitzonderingen daargelaten, voor iedereen als voldoende aantrekkelijk kan en behoort te kunnen gelden. Het C4C-arrest vormt een momentopname in een voortdurende bestrijding van de symptomen van het alsmaar niet kunnen komen tot een redelijk aanvaardbare belastbaarheid van het vaste dienstverband.

Zoals de Hoge Raad in het C4C-arrest terecht overweegt: de wetgever is aan zet.

57 A.R. Houweling, M.J.M.T. Keulaerds & P. Kruit (red.), VAAN-VvA Evaluatieonderzoek WWZ, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, p. 28/29.

58 CPB Policy brief 2016/14.